

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Distinção inconsistente e  
superação de precedentes no  
Supremo Tribunal Federal**  
Inconsistent distinguishing and  
overruling of precedents in The  
Brazilian Supreme Court

Patrícia Perrone Campos Mello

Paula de Andrade Baqueiro

# Sumário

<b>I. DOSSIÊ ESPECIAL: POLÍTICAS PÚBLICAS E BOAS PRÁTICAS PARA O SISTEMA PENAL .....</b>	<b>19</b>
<b>PENAL ABOLITIONISM AND REFORMISM REVISITED .....</b>	<b>21</b>
Roger Matthews	
<b>A FORMULAÇÃO DA AGENDA POLÍTICO-CRIMINAL COM BASE NO MODELO DE CIÊNCIA CONJUNTA DO DIREITO PENAL .....</b>	<b>37</b>
Mário Lúcio Garcez Calil e José Eduardo Lourenço dos Santos	
<b>TRIAL WITHOUT UNDUE DELAY: A PROMISE UNFULFILLED IN INTERNATIONAL CRIMINAL COURTS.....</b>	<b>55</b>
Cynthia Cline	
<b>CONSTITUIÇÃO, STF E A POLÍTICA PENITENCIÁRIA NO BRASIL: UMA ABORDAGEM AGNÓSTICA DA EXECUÇÃO DAS PENAS .....</b>	<b>90</b>
Bruno Amaral Machado e Rafael Seixas Santos	
<b>PREVENÇÃO ESPECIAL NEGATIVA DA PENA: O TERRENO FÉRTIL PARA A IMPLEMENTAÇÃO E DIFUSÃO DA LÓGICA ATUARIAL NO SUBSISTEMA JURÍDICO-PENAL.....</b>	<b>114</b>
Paulo Afonso Cavichioli Carmona e Flávia Nunes de Carvalho Cavichioli Carmona	
<b>A RELAÇÃO ENTRE CRIMINOGENESE E PRÁTICAS PENAIAS E O DEBATE SOBRE A TEORIA DA AÇÃO ENTRE SUBJETIVISTAS E OBJETIVISTAS .....</b>	<b>128</b>
André Leonardo Copetti Santos e Douglas Cesar Lucas	
<b>A PRIVATIZAÇÃO DE PRESÍDIOS E A IDEIA NEOLIBERAL DE CRIAÇÃO DE UM ESTADO MÍNIMO ...</b>	<b>163</b>
Gina Marcilio Vidal Pompeu e Carlos Lélío Lauria Ferreira	
<b>LA NECESIDAD DE INVESTIGAR LA PRISIÓN (DESDE AFUERA Y DESDE ADENTRO) PARA TRANSFORMARLA. SOBRE UNAS MODESTAS EXPERIENCIAS EN EL ÁMBITO DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES.....</b>	<b>179</b>
Gabriel Ignacio Anitua	
<b>AMBIENTE URBANO E SEGURANÇA PÚBLICA: CONTRIBUIÇÕES DAS CIÊNCIAS SOCIAIS PARA O ESTUDO E A FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS CRIMINAIS.....</b>	<b>195</b>
Sergio Francisco Carlos Sobrinho, Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira e Airton Guilherme Guilherme Berger Filho	
<b>ECOCÍDIO: PROPOSTA DE UMA POLÍTICA CRIMINALIZADORA DE DELITOS AMBIENTAIS INTERNACIONAIS OU TIPO PENAL PROPRIAMENTE DITO? .....</b>	<b>210</b>
Djalma Alvarez Brochado Neto e Tarin Cristino Frota Mont' Alverne	

<b>A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO POLÍTICA PÚBLICA ALTERNATIVA AO ENCARCERAMENTO EM MASSA .....</b>	<b>228</b>
Selma Pereira de Santana e Carlos Alberto Miranda Santos	
<b>A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO INSTRUMENTO DE FORTALECIMENTO DA CULTURA DE PAZ: UMA NOVA PERSPECTIVA PARA A EXECUÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS NO BRASIL .....</b>	<b>244</b>
Charlise Paula Colet Gimenez e Fabiana Marion Spengler	
<b>THE INTERNATIONALIZATION OF CRIMINAL LAW: TRANSNATIONAL CRIMINAL LAW, BASIS FOR A REGIONAL LEGAL THEORY OF CRIMINAL LAW.....</b>	<b>261</b>
Nicolás Santiago Cordini	
<b>CRIMES NA INTERNET E COOPERAÇÃO INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL ENTRE BRASIL E ESTADOS UNIDOS.....</b>	<b>277</b>
Guilherme Berti de Campos Guidi e Francisco Rezek	
<b>O PAPEL DA INTELIGÊNCIA FINANCEIRA NA PERSECUÇÃO DOS CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO E ILÍCITOS RELACIONADOS.....</b>	<b>290</b>
Antonio Henrique Graciano Suxberger e Rochelle Pastana Ribeiro Pasiani	
<b>POLÍTICA PÚBLICA DE SEGURANÇA DILACERADA: O EXEMPLO DA LEI 13491/2017 E SUAS CONSEQUÊNCIAS PENAIS E PROCESSUAIS PENAIS.....</b>	<b>320</b>
Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro	
<b>ATENDIMENTO INTEGRAL À VÍTIMA: A SEGURANÇA PÚBLICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL .....</b>	<b>337</b>
Waléria Demoner Rossoni e Henrique Geaquinto Herkenhoff	
<b>DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS RELAÇÕES ESPECIAIS DE SUJEIÇÃO.....</b>	<b>361</b>
Pedro Adamy	
<b>O NEAH E A ATENÇÃO AO AUTOR DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER EM BELÉM.....</b>	<b>378</b>
Luanna Tomaz Souza, Anna Beatriz Alves Lopes e Andrey Ferreira Silva	
<b>BOTÃO DO PÂNICO E LEI MARIA DA PENHA.....</b>	<b>397</b>
Ludmila Aparecida Tavares e Carmen Hein de Campos	
<b>O QUE PENSAM AS JUÍZAS E OS JUÍZES SOBRE A APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA: UM PRINCÍPIO DE DIÁLOGO COM A MAGISTRATURA DE SETE CAPITAIS BRASILEIRAS.....</b>	<b>422</b>
Marília Montenegro Pessoa de Mello, Fernanda Cruz da Fonseca Rosenblatt e Carolina Salazar l'Armée Queiroga de Medeiros	
<b>UMA SALA COR-DE-ROSA: A POLÍTICA PÚBLICA DE GÊNERO PREVISTA NA LEI 11.340/2006 NA CIDADE DE PIRAQUARA – PARANÁ.....</b>	<b>450</b>
Priscilla Placha Sá e Jonathan Serpa Sá	

<b>A PRÁTICA DA MISTANÁSIA NAS PRISÕES FEMININAS BRASILEIRAS ANTE À OMISSÃO DO DIREITO À SAÚDE E A NEGAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA.....</b>	<b>473</b>
Elias Jacob de Menezes Neto e Tiago José de Souza Lima Bezerra	
<b>REPRESENTAÇÕES SOCIAIS NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL: PROTEÇÃO NORMATIVA E POLÍTICAS PÚBLICAS PARA O APENADO LGBT .....</b>	<b>495</b>
Mariana Dionísio de Andrade, Marina Andrade Cartaxo e Daniel Camurça Correia	
<b>CALONS: REDEFININDO AS FRONTEIRAS DOS DIREITOS HUMANOS E DO SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL .....</b>	<b>515</b>
Phillipe Cupertino Salloum e Silva e Marcos José de Oliveira Lima Filho	
<b>AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO BRASIL: UMA JANELA PARA A MELHORA DO CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL.....</b>	<b>531</b>
Carolina Costa Ferreira e Gabriel Antinolfi Divan	
<b>A ATUAÇÃO DO AGENTE PENITENCIÁRIO COMO BUROCRATA DE NÍVEL DE RUA: PARA ALÉM DA DISCRICIONARIEDADE.....</b>	<b>551</b>
Thaís Pereira Martins e Camila Caldeira Nunes Dias	
<b>QUANDO A LUTA ANTIMANICOMIAL MIRA NO MANICÔMIO JUDICIÁRIO E PRODUZ DESENCARCERAMENTO: UMA ANÁLISE DOS ARRANJOS INSTITUCIONAIS PROVOCADOS PELA DEFENSORIA PÚBLICA NO CAMPO DA POLÍTICA PÚBLICA PENITENCIÁRIA E DE SAÚDE MENTAL ...</b>	<b>574</b>
Patricia Carlos Magno e Luciana Boiteux	
<b>PENAS ALTERNATIVAS PARA PEQUENOS TRAFICANTES: OS ARGUMENTOS DO TJSP NA ENGRENAGEM DO SUPERENCARCERAMENTO .....</b>	<b>605</b>
Maíra Rocha Machado, Matheus de Barros, Olívia Landi Corrales Guaranha e Julia Adib Passos	
<b>II. OUTROS TEMAS .....</b>	<b>630</b>
<b>AÇÃO POPULAR POR OMISSÃO LESIVA AO MÍNIMO EXISTENCIAL (MORALIDADE) E CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS: NOVOS HORIZONTES DESVELADOS PELA JURISPRUDÊNCIA DO STJ E DO STF NO PARADIGMA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....</b>	<b>632</b>
Luciano Picoli Gagno e Camilo José d'Ávila Couto	
<b>AS PRÁTICAS DE JURIDICIDADE ALTERNATIVA NA AMÉRICA LATINA: ENTRE O REFORMISMO E O IMPULSO DESESTRUTURADOR A PARTIR DE STANLEY COHEN .....</b>	<b>649</b>
Jackson da Silva Leal	
<b>DISTINÇÃO INCONSISTENTE E SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....</b>	<b>668</b>
Patrícia Perrone Campos Mello e Paula de Andrade Baqueiro	

<b>DEMOCRATIZAÇÃO DO ORÇAMENTO PÚBLICO PELA DA LEGALIDADE, LEGITIMIDADE E ECONOMICIDADE .....</b>	<b>690</b>
Rafael Antonio Baldo	
<b>A TRANSPARÊNCIA DA POLÍTICA MONETÁRIA E A SUA LIMITAÇÃO AOS OBJETIVOS CONSTITUCIONAIS.....</b>	<b>707</b>
Marcelo Quevedo Do Amaral	
<b>GESTÃO DOS ESPAÇOS MARINHOS NO CONTEXTO DAS ENERGIAS MARINHAS RENOVÁVEIS .....</b>	<b>726</b>
Tarin Frota Mont`Alverne e Maira Melo Cavalcante	
<b>A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO ANTE OS RISCOS ADVINDOS DAS NOVAS TECNOLOGIAS BÉLICAS .....</b>	<b>746</b>
Alice Rocha da Silva e Mario Abrahão Antônio	
<b>A ESCOLHA DO ESTADO BRASILEIRO PELO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: O DEVER DE FINANCIAR MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO.....</b>	<b>767</b>
Andre Studart Leitão, Thiago Patrício de Sousa e Alexandre Antonio Bruno da Silva	
<b>POR QUE A ÁREA DO DIREITO NÃO TEM CULTURA DE PESQUISA DE CAMPO NO BRASIL? .....</b>	<b>782</b>
Fayga Silveira Bedê e Robson Sabino de Sousa	



# Distinção inconsistente e superação de precedentes no Supremo Tribunal Federal\*

## Inconsistent distinguishing and overruling of precedents in The Brazilian Supreme Court

Patrícia Perrone Campos Mello\*\*

Paula de Andrade Baqueiro\*\*\*

### RESUMO

O artigo tem o objetivo de demonstrar que a adoção de precedentes vinculantes não esvazia as cortes vinculadas do poder de interferir sobre o conteúdo do direito em assunto que já foi objeto de decisão vinculante pelo Supremo Tribunal Federal. Demonstra-se, com base na literatura e por meio de estudo de casos, que a percepção de um precedente como profundamente injusto ou errado pode levar as cortes vinculadas a resistir à sua aplicação ou a produzir distinções inconsistentes em massa, e que essa postura, não raramente, levará à alteração ou à superação do precedente pelo próprio STF. O desenvolvimento judicial do direito ocorre em “rodadas”. Cada novo julgado do Supremo encerra um ciclo de discussão, mas sua aplicação nas instâncias vinculadas pode reabrir o debate, reconduzindo-se a questão de volta ao STF e assim sucessivamente. O direito será o resultado da permanente interação entre corte vinculante e cortes vinculadas. A adoção de precedentes vinculantes confere, contudo, maior racionalidade a tal interação.

**Palavras-chave:** Supremo Tribunal Federal. Precedentes injustos ou errados. Distinção inconsistente. Superação de precedentes.

### ABSTRACT

This paper aims at demonstrating that the adoption of binding precedents does not prevent lower courts from interfering in the content of law, even in matters already decided by the Brazilian Supreme Court. With basis in case studies, the paper shows that, when lower courts believe that a binding precedent is deeply unfair or a result of major error, they tend to resist its application and/or to engage in inconsistent distinguishing, behavior that, not rarely, shall cause the Brazilian Supreme Court to modify or overrule the precedent. The judicial development of law happens on several rounds. A new decision of the higher court closes one round, but its application by the lower courts may reopen the discussion and take the subject back to review. Law is the result of a permanent interaction among higher and lower courts, although the adoption of binding precedents increases the rationality of this interaction.

**Keywords:** Brazilian Supreme Court. Unfair precedents. Mistaken precedents. Inconsistent distinguishing. Overruling.

\* Recebido em 16/06/2017

Aprovado em 17/07/2017

\*\* Doutora e Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professora do Programa de Mestrado e Doutorado da Uniceub. Assessora de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Procuradora do Estado do Rio de Janeiro. Guest Researcher no Instituto Max Planck de Direito Público Comparado e Internacional.  
Email: pcamposmello@uol.com.br

\*\*\* Bacharela em Direito pela Universidade de Brasília - UnB. Pós-graduanda em Direito Corporativo e Governança Empresarial pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Assessora em Gabinete do Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.  
Email: paulabaqueiro@gmail.com

## 1. INTRODUÇÃO

O novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) impõe aos juízes e tribunais, ao decidir, a obrigação de observar: (i) as súmulas vinculantes aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), (ii) os julgados proferidos pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade, (iii) as teses firmadas em sede de repercussão geral e (iv) as decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no julgamento de recursos especiais repetitivos<sup>1</sup>. Prevê, ainda, que o descumprimento dos entendimentos firmados por tais tribunais superiores dará ensejo ao ajuizamento de reclamações, a fim de que cassem o julgado dissonante<sup>2</sup>. Não há dúvida, portanto, de que o CPC/2015 pretendeu conferir eficácia de *precedente vinculante em sentido forte* aos entendimentos firmados pelo STF e pelo STJ (o último, por ora, em casos repetitivos)<sup>3</sup>.

De fato, com a expressão *precedente vinculante em sentido forte*, pretende-se aludir, neste trabalho, aos julgados que firmaram teses cujo descumprimento pode ser repellido por meio de reclamação<sup>4</sup>. É que, em um ambiente judicial que resiste a aderir voluntariamente aos entendimentos firmados pelos tribunais superiores, como é o caso do ambiente brasileiro, a efetividade da força normativa de um julgado depende de um mecanismo próprio para impor seu cumprimento. Em outros ordenamentos, tal como ocorre nos países do *common law*, o respeito aos *binding precedents* constitui elemento essencial do sistema: os entendimentos firmados pelos tribunais superiores são razoavelmente observados e é possível chamar de precedente vinculante todo e qualquer julgado por eles proferido, ainda que não haja um instrumento específico destinado a cassar decisões dissonantes<sup>5</sup>. Essa não é, contudo, a nossa realidade e por isso optou-se pela nomenclatura antes aludida.

1 CPC/2015, art.927 c/c art. 988. O novo Código de Processo Civil prevê, ainda, a obrigatoriedade de observância, por juízes e tribunais, das decisões proferidas em sede de incidente de resolução de demanda repetitiva e de incidente de assunção de competência. Esses dois institutos não serão, todavia, examinados neste artigo, cujo objeto é essencialmente a interação entre os tribunais superiores, como cortes vinculantes formadoras de precedentes, e os demais órgãos judiciais. O novo Código estabelece, igualmente, a obrigatoriedade de observância de enunciados de súmulas simples do STF e do STJ, bem como da orientação do plenário ou do órgão especial aos quais os juízos estiverem vinculados. No caso das súmulas simples e das orientações de plenário, contudo, ao contrário do que ocorre nas demais hipóteses descritas acima, o CPC/2015 não prevê o cabimento de reclamação para cassação da decisão divergente. Como o objeto deste artigo é o estudo dos precedentes vinculantes em sentido forte (cujo desrespeito enseja cassação por reclamação), as súmulas simples do STF e do STJ e a orientação do plenário dos tribunais de segundo grau tampouco não serão analisadas.

2 CPC/2015, art. 988.

3 É válido observar, contudo, que, no caso de desrespeito a decisões proferidas pelo STF e pelo STJ em sede de repercussão geral e/ou de recursos repetitivos, somente será cabível a reclamação após esgotadas as instâncias ordinárias, nos termos do art. 988, caput e §§ 4º e 5º. Merece nota, ainda, a tramitação da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 209/2012, que tem por objetivo inserir a exigência de demonstração da repercussão geral da questão objeto do recurso especial como requisito para a sua admissibilidade, nos mesmos moldes do que já se pratica quanto ao recurso extraordinário.

4 Antes de prosseguir, uma observação: a expressão precedente será utilizada neste trabalho com o significado de decisão colegiada que firma entendimento sobre uma questão de direito. Vale, contudo, registrar que o conceito de precedente é controvertido na doutrina. Sobre o assunto, v. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do Precedente Judicial: A Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 267-268; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 11-95; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016; STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014; PEIXOTO, Ravi. *Superação do Precedente e Segurança Jurídica*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 119-141; ZANETTI JR., Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes. In: DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de; MACEDO, Lucas Buriel de. *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 324. Há mesmo alguma rejeição à utilização do vocábulo “precedente” no Brasil, em virtude das diferentes características que o instituto ou que alguns julgados brasileiros apresentariam, comparadamente aos binding precedents do common law. Sobre tais diferenças, v. MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes Vinculantes nos Estados Unidos da América e no Brasil: um Estudo Comparado. *RDI*, Brasília, v. 13, n. 3, p. 264-286, 2016. Sem deixar reconhecê-las, não nos parece que sejam impeditivas da utilização da expressão “precedentes vinculantes” para designar os julgados previstos no art. 988, § 4º, CPC. A mera utilização de nomenclatura semelhante não nos impede de construir concepções e modos próprios de operar com o instituto ou de definir seu conteúdo. Não bastasse o exposto, não custa registrar que o significado de precedente é controvertido até mesmo no direito inglês. V. MONAGHAN, Henry Paul. Stare Decisis and Constitutional Adjudication. *Columbia Law Review*, New York: v. 88, n. 4, p. 723-773, maio 1988, p. 763-767.

5 MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do Direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 11-112; DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: M. Fontes, 2002.

Anteriormente ao CPC/2015, apenas as súmulas vinculantes e as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, eram dotadas de eficácia vinculante em sentido forte. Entretanto, historicamente, o maior volume de decisões de mérito em matéria constitucional era proferido em sede de recurso extraordinário<sup>6</sup>, e o desrespeito às teses então firmadas não abria à parte prejudicada o uso da reclamação. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, antes do CPC/2015, nenhuma decisão produzia tese de observância obrigatória, cujo desrespeito pudesse ensejar a cassação por meio de reclamação<sup>7</sup>. Nota-se, assim, que o novo Código de Processo Civil expandiu de forma substancial as hipóteses de precedentes vinculantes em sentido forte nos tribunais superiores, ao conferir tais efeitos aos julgados proferidos em recurso extraordinário com repercussão geral e em recurso especial repetitivo.

A atribuição de tamanho alcance aos precedentes vinculantes é inédita no Brasil. Os ordenamentos de origem romano-germânica, como é o caso brasileiro, têm a lei por principal fonte do direito e geralmente conferem aos precedentes judiciais eficácia meramente persuasiva. Reconhecem à jurisprudência, como regra, a qualidade de mera fonte secundária e indireta de normas, apta a servir de subsídio para o legislador ou a influenciar os juízes em suas atividades. Não surpreende, portanto, que a inovação tenha encontrado resistências aqui. Há alguma apreensão de que o sistema de precedentes criado pelo novo CPC<sup>8</sup> venha a concentrar um poder excessivo nos tribunais superiores, a suprimir poder das demais instâncias e a impactar negativamente sobre o desenvolvimento judicial do direito<sup>9</sup>.

O objetivo deste trabalho é demonstrar que os precedentes vinculantes não esvaziam as cortes vinculadas do poder de interferir no conteúdo do direito, mesmo quando a matéria já tenha sido examinada pelo tribunal superior. Ao contrário, a operação com precedentes pressupõe uma permanente interação entre os tribunais superiores e as demais cortes. O direito será, em verdade, o produto de tal interação. Com esse propósito, o trabalho percorre o seguinte roteiro: (i) apresenta alguns conceitos essenciais para a operação com precedentes; (ii) explica como um sistema de precedentes vinculantes impõe um permanente diálogo entre

p. 355-410; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do Precedente Judicial: A Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 252-258; PEIXOTO, Ravi. *Superação do Precedente e Segurança Jurídica*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 128-131.

6 Historicamente, mais de 76% dos processos anualmente distribuídos no STF correspondem a recursos extraordinários e a agravos contra despachos denegatórios de recursos extraordinários, havendo anos em que o quantitativo de tais recursos superou 90% dos processos recebidos pela Corte. Os agravos contra despacho denegatório, quando providos, poderão gerar recursos extraordinários com repercussão geral, nos quais um precedente vinculante será proferido. Tais números são, contudo, apenas parcialmente representativos da aptidão desses recursos para gerar um quantitativo relevante de precedentes vinculantes. Nem todo recurso extraordinário gerará um precedente vinculante. Na prática, parte dos recursos extraordinários são providos, sem o reconhecimento de repercussão geral prévia, para meramente aplicar a jurisprudência do STF (inclusive a jurisprudência firmada em repercussão geral anterior). Por outro lado, o provimento de agravos contra despachos denegatórios é a exceção e não a regra no STF. Seja como for, o quantitativo de questões constitucionais que chegam ao Supremo por meio de recurso extraordinário e de agravos que posteriormente serão convertidos em recursos extraordinários é consideravelmente maior do que o quantitativo que chega por meio do controle concentrado, que jamais superou a média anual de 3% do acervo total do Tribunal. Por isso, atribuir às decisões de mérito proferidas em recurso extraordinário com repercussão geral eficácia vinculante significa verdadeiramente fazer avançar de forma significativa esse tipo de eficácia no ordenamento brasileiro. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Estatísticas do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuidoAnosAnteriores>>. Acesso em: 11 abr. 2017. O levantamento tem por termo inicial o ano de 1990 e por termo final o ano de 2014.

7 No entanto, entre 2015 e 2016, a título exemplificativo, os recursos especiais e agravos contra despachos denegatórios correspondiam, em média, a 64% do total de feitos apreciados pelo STJ. Obviamente, nem todos os recursos especiais que integram tal percentual são repetitivos e apenas uma minoria de agravos contra despachos denegatórios será convertida em recurso especial. Mesmo assim, os números sugerem que essas classes de processos têm potencial para produzir um quantitativo relevante de precedentes vinculantes. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Boletim Estatístico do Superior Tribunal de Justiça, Relatório Estatístico de 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=292>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

8 A palavra sistema é utilizada neste texto com o significado de conjunto de normas coerentes que concorrem a um fim.

9 NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. *Stare decisis versus direito jurisprudencial*. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle et al. *Novas Tendências do Processo Civil: Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2013. v. 1. p. 485-514; RAMIRES, Maurício. *Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; ABOUD, Georges. *Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do novo Código de processo civil a partir do paradigma do pós-positivismo*. *Revista de Processo*, v. 40, n. 245, p. 351-378, jul. 2015.



cortes vinculantes e cortes vinculadas acerca do significado de tais julgados; e (iii) demonstra, por meio de estudos de casos do Supremo Tribunal Federal, que tal diálogo efetivamente ocorre em nosso ordenamento jurídico.

## 2. CONCEITOS ESSENCIAIS PARA A OPERAÇÃO COM PRECEDENTES

### 2.1. Ratio decidendi

Um precedente judicial corresponde a uma decisão que relata os fatos do caso concreto, aprecia os argumentos ofertados por cada parte para justificar o desfecho que pretende, decide a questão jurídica que a ação coloca e, por conseguinte, dá solução à demanda. O precedente não é, portanto, em si, uma norma. É um conjunto composto, ao menos, por relatório, fundamentação e conclusão. A partir do exame dos fatos relevantes de uma causa, da questão posta em juízo, dos fundamentos invocados para decidir, é possível extrair de um julgado a “norma” que serviu de base para a solução do caso concreto. Essa norma corresponde à resposta conferida pelo tribunal à questão de direito posta pela demanda e denomina-se *ratio decidendi* (ou *holding*). A *ratio decidendi* é, justamente, o comando que vinculará a solução de casos semelhantes.

Embora a *ratio decidendi* seja um conceito elementar e fundamental para a operação com precedentes vinculantes, há importante controvérsia sobre a forma de delimitá-la. Entre os estudiosos do tema, há aqueles que conferem maior relevo aos fatos relevantes<sup>10</sup> para a formulação da *ratio decidendi* e que defendem que a norma extraída do precedente deve ser formulada como uma equação resultante de tais fatos, de modo a se afirmar que, sempre que presentes os fatos A e B, e mesmo que ausente o fato C, a solução a ser dada pelos tribunais deve ser X. Esse método de delimitação da *ratio decidendi* é designado *método fático-concreto*<sup>11</sup>. Outros autores defendem que o enunciado vinculante deve se compor não apenas a partir dos fatos relevantes, mas igualmente da proposição jurídica implícita e necessária à justificação da decisão. Tal proposição jurídica comporá, no entendimento desses autores, a regra universal apta não apenas a solucionar o caso presente, mas também a orientar a solução de casos futuros. Esse critério de delimitação da *ratio decidendi* é designado *método abstrato-normativo*<sup>12</sup>.

Um caso cotidiano pode auxiliar na compreensão dos dois métodos. A operação com precedentes segue uma lógica semelhante àquela adotada na vida comum para identificar os critérios que orientam as decisões de alguém, a fim de determinar como esse alguém decidirá casos futuros semelhantes. Imagine-se, a título ilustrativo, que um filho pergunte ao pai se poderá sair à noite, durante a semana, com os amigos, no período letivo, para se divertir, e que o pai responda que não, porque (fundamento), durante as aulas, o sono deve ser preservado. A partir dos fatos do caso concreto, será possível afirmar que a *ratio decidendi* da decisão determina que: “durante as aulas, saídas noturnas, para diversão, não são permitidas”.

10 Fatos juridicamente relevantes são os fatos do caso concreto com potencial de apresentar repercussões jurídicas e, por conseguinte, de influenciar a decisão judicial. Os fatos juridicamente relevantes são aqueles cuja presença ou ausência no caso concreto tem uma possível repercussão normativa, à luz do direito aplicável. São, portanto, passíveis de determinação à luz das normas incidentes sobre determinada situação concreta. MONAGHAN, Henry Paul. Stare Decisis and Constitutional Adjudication. *Columbia Law Review*, New York, v. 88, n. 4, p. 723-773, maio, 1988. p. 763-767.

11 GOODHART, Arthur L. The Ratio Decidendi of a Case. *Modern Law Review*, London, v. 22, p. 117-124, 1959; Determining the Ratio Decidendi of a Case. *Yale Law Journal*, New Heaven, v. 30, n. 2, p. 161-183, dez. 1930.

12 MARSHALL, Geoffrey. What is Binding in a Precedent. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997. p. 503-518; MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. Tradução: Waldéa Barcellos. São Paulo: M. Fontes, 2006; SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997, p. 355-405; SUMMERS, Robert S. Two Types of Substantive Reasons: The Core of a Theory of Common-Law Justification. *Cornell Law Review*, v. 63, n. 5, p. 707-788, jun. 1978; MONAGHAN, Henry Paul. Stare Decisis and Constitutional Adjudication. *Columbia Law Review*, New York, v. 88, n. 4, p. 723-773, maio, 1988.

A formulação da *ratio decidendi* a partir do *fundamento* que serviu de base à decisão do pai, por sua vez, resultaria na seguinte assertiva: “saídas noturnas não devem ser permitidas se comprometerem o sono”. Caso se procure incorporar um pouco mais dos fatos relevantes do caso à proposição, essa poderá ser formulada nos seguintes termos: “saídas noturnas, para diversão, durante o período de aulas, não devem ser permitidas se comprometerem o sono”. Nota-se, portanto, que ambos os métodos —, fático-concreto e abstrato-normativo —, são complementares e que, se o propósito de um sistema de precedentes é orientar a decisão dos casos subsequentes, tal propósito será mais adequadamente alcançado se a formulação da *ratio decidendi* levar em consideração tanto os fatos relevantes do caso concreto quanto a proposição jurídica que serviu de justificativa para a decisão.

Quando, eventualmente, mais de uma proposição servir de base à solução do caso concreto, pode haver dúvida quanto à qual foi a formulação, efetivamente, imprescindível à conclusão: o fato de se estar durante o período letivo, a necessidade de preservar horas de sono, o objetivo de pura diversão, ou todos eles? É possível haver, igualmente, divergência quanto ao nível de generalidade com que se deve formular a norma. Toda saída noturna durante o período letivo está proibida? Toda saída noturna que comprometa horas de sono está proibida? Saídas noturnas destinadas a pura diversão estão proibidas? Em alguma medida, a formulação da *ratio decidendi* dependerá do que se disse ao justificar a decisão, da relevância dada a cada qual de tais aspectos.

Quando a relevância de todos os mencionados aspectos não restar adequadamente esclarecida no precedente, novas decisões das cortes vinculadas, que interpretem o julgado e seu alcance, serão necessárias. Possivelmente, as novas interpretações serão questionadas por meio de recursos que levarão novamente a matéria à corte vinculante e essa proferirá um novo precedente explicitando melhor o alcance do julgado. Nesse caso, portanto, a adequada determinação da *ratio decidendi* dependerá de diversas “rodadas” de decisões juntamente às cortes vinculadas e da sua submissão à corte vinculante. A norma será, então, progressivamente, aperfeiçoada por um diálogo travado entre as diversas instâncias judiciais, até que se defina com precisão o seu alcance<sup>13</sup>.

A noção de *ratio decidendi* é instrumental à operação com precedentes de um modo geral<sup>14</sup>. O Novo Código de Processo Civil atribui eficácia obrigatória à tese oriunda dos julgados dos tribunais vinculantes e, assim, à resposta dada pelos tribunais à questão jurídica que lhes foi submetida. Esse é o conteúdo de tais julgados que deverá ser seguido pelas instâncias vinculadas, sob pena de cassação das suas decisões por meio de reclamação<sup>15</sup>. Nessa medida, a noção de *ratio decidendi* constitui um instrumento importante para auxiliar a compreensão da operação com precedentes no ordenamento jurídico brasileiro.

## 2.2. Obiter dictum

Por outro lado, nem todos os argumentos e considerações tecidas pelos membros de uma corte vinculante deverão ser, obrigatoriamente, observados pelas cortes vinculadas. O teor vinculante da decisão deve ser, em primeiro lugar, proferido pelo tribunal superior, e o tribunal decide por maioria. Por conseguinte,

13 SIMPSON, A. W. B. The Ratio Decidendi of a Case. *Modern Law Review*, London, v. 22, p. 453-457, 1959.

14 ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997. p. 26-27; TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997. p. 154-155; RUIZ MIGUEL, Alfonso; LAPORTA, Francisco J. Precedent in Spain. In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997. p. 272.

15 CPC/2015, art. 988, inc. III e IV e §4º: “Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: [...] III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência; [...]§ 4º As hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam”.

um argumento que não tenha sido examinado e acolhido pela maioria, que tenha sido objeto de consideração por apenas alguns membros, não constitui um entendimento do tribunal e, por isso, não produz efeitos vinculantes. Corresponderá a mero *obiter dictum*, ou seja, a mera manifestação lateral, mera consideração marginal. Talvez, tal consideração inspire novos argumentos, talvez forneça elementos para teses futuras, mas os órgãos judiciais não estão obrigados a observá-la.

O mesmo ocorre com questões jurídicas que, mesmo tendo sido examinadas pela maioria do tribunal, não precisavam ser decididas para solucionar o caso concreto. É que a produção de precedentes vinculantes pelo Judiciário ocorre nos limites da atividade jurisdicional<sup>16</sup>. E a atividade jurisdicional sujeita-se ao princípio da inércia da jurisdição: o juiz só decide se for provocado<sup>17</sup>; sujeita-se, ainda, ao princípio da congruência: o juiz decide a lide nos limites em que é posta pelas partes<sup>18</sup>. Os órgãos judiciais estão, por isso, limitados pelo pedido e pela causa de pedir da ação, sob pena de julgarem *ultra* ou *extra petita*.

O Judiciário não formula respostas para questões em tese, que não foram postas pelas partes e cuja apreciação não é necessária para a adequada prestação da tutela jurisdicional. As mesmas normas aplicáveis ao exercício da jurisdição aplicam-se aos precedentes dela decorrentes. Quando parte da matéria apreciada pela maioria do tribunal era desnecessária para a solução do caso concreto, a parte desnecessária não integrará o teor vinculante do julgado. Com isso preserva-se o próprio tribunal de proferir uma decisão dotada de efeitos vinculantes e gerais, com base em um nível inadequado de informação (uma questão prescindível para a solução da causa é possivelmente uma questão que não foi objeto de argumentação exaustiva pelas partes, justamente por ser prescindível). Evita-se, assim, a produção de precedentes inadequados que, eventualmente, precisarão ser reajustados ou até mesmo superados. Preservam-se, ainda, os direitos ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal daqueles que poderiam ser alcançados pelos efeitos vinculantes do precedente e que não tiveram qualquer oportunidade de deduzir seus argumentos<sup>19</sup>.

### 2.3. Associação entre casos

De volta ao exemplo do pai, imaginemos que seus filhos interpretem o precedente que vedou as saídas noturnas como se a vedação abrangesse, apenas, as saídas durante o período letivo e para fins de diversão. Algumas semanas mais tarde, um dos filhos recebe, então, um convite para comparecer à casa de um colega de turma, durante a semana, à noite, para a produção de um trabalho em grupo demandado pela escola (e não para diversão).

Se o pai entender que o novo caso é semelhante ao anterior (e, portanto, se *associar* um caso ao outro), observará que a questão já está solucionada pelo precedente. Saídas noturnas, que sacrifiquem o sono das crianças, durante o período letivo, estão proibidas. Ao identificar o segundo caso com o primeiro, o pai terá aperfeiçoado o significado da *ratio decidendi* e estendido seu alcance. Terá dito que não importa a finalidade da saída noturna, já que a norma tem o objetivo de preservar o sono e, portanto, a saúde das crianças. Por isso, o propósito da saída —, finalidade de mera diversão ou produção de trabalho em grupo —, é irrelevante.

Quando ocorre uma associação entre casos semelhantes, o teor normativo do precedente é reafirmado, fortalecido e, eventualmente, expandido. Mesmo casos, aparentemente semelhantes, guardam alguma parti-

16 NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional Law*. 7. ed. Saint Paul: Thomson West, 2004, p. 65-110; TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. 3. ed. New York: Foundation Press, 2000, v. 1, p. 311 e ss.; BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 184-186.

17 CPC/2015, ART. 2º: “O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei”.

18 CPC/2015, art. 141: “O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”.

19 Sobre a importância de diferenciar entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* para delimitar adequadamente as teses firmadas pelo Supremo Tribunal Federal, v. MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma Nova Lógica: a Ascensão dos Precedentes no Direito Brasileiro. *Revista da AGU*, v. 15, n. 3, p. 9-52, jul./set. 2016.

cularidade de fato. Se as cortes afirmam que a particularidade é irrelevante e que a *ratio decidendi* oriunda do precedente governa o novo caso, em alguma medida, estarão ampliando o alcance do seu comando.

Nota-se, portanto, que o comando vinculante de um precedente não necessariamente se define em uma única “rodada” de decisões que se conclui com a manifestação da corte de maior hierarquia. Novos casos questionarão o alcance do precedente, demandando uma interpretação das cortes vinculadas. A nova interpretação por parte dessas cortes possivelmente retornará à corte vinculante que confirmará ou não tal interpretação. Por meio desse processo, o direito se redefine continuamente<sup>20</sup>.

## 2.4. Distinção entre casos

No caso das saídas noturnas, o pai poderia ter dito, contudo, que a saída com o propósito de fazer um trabalho de grupo para a escola era possível porque o objetivo da norma que proibia saídas noturnas durante o período escolar era preservar o desempenho na escola (e não o sono propriamente) e o trabalho em grupo contribuía para tal desempenho. Esse argumento indicaria que a razão da vedação anterior era o sacrifício do sono em favor do mero divertimento. Nessa hipótese, embora a *ratio decidendi* parecesse se aplicar ao novo caso, o pai teria esclarecido que este último era distinto; que vedar a participação no trabalho em grupo não asseguraria a *finalidade imanente ao precedente*, qual seja: a preservação do desempenho escolar do filho. Assim, *razões internas* ao precedente —, a finalidade a que se visou ao afirmar a *ratio* —, recomendariam que o segundo caso recebesse tratamento diferenciado.

Em outro caso, o pai poderia, ainda, autorizar a saída noturna, com sacrifício de sono, durante o período escolar, para uma festa que tivesse o propósito de comemorar o aniversário do melhor amigo do filho. Nessa hipótese, afirmaria que *razões externas* ao precedente —, a afirmação do valor amizade e sua importância para a educação e para a formação de uma pessoa — colocavam uma questão diversa daquela apreciada na demanda anterior. O novo caso não lhe perguntava se o sono poderia ser sacrificado, durante o período escolar, com o propósito de produzir divertimento. Perguntava se o sono poderia ser sacrificado, durante o período escolar, excepcionalmente, com o objetivo de celebrar uma data relevante e uma relação importante de afeto.

Em ambas as situações propostas acima, o pai teria feito uma distinção entre o precedente e os novos casos (por conseguinte, teria negado a identidade ou a associação entre eles). A primeira distinção teria se baseado em razões internas ao próprio precedente: a finalidade que se pretendeu alcançar ao afirmar a norma. A segunda distinção se basearia em razões externas ao precedente: outros valores que entravam em tensão com os valores que o justificavam. Quando uma corte faz uma distinção entre casos, ela formula uma exceção ao comando vinculante ou, de algum modo, limita o alcance da *ratio decidendi* do julgado anterior com base em argumentos internos ou externos a ele. Ao fazê-lo, ela provoca uma contração do precedente, reduzindo seu alcance e sua força vinculante.

As cortes vinculadas podem e devem formular juízos de distinção entre casos sempre que entenderem que seus fatos relevantes são distintos, que colocam uma questão jurídica diversa ou que demandam fundamentação diferenciada daquela desenvolvida no caso anterior para sua solução. Se o caso é diferente, ele é inédito e não foi julgado, ainda, pelo tribunal superior. O ponto de partida de um sistema de precedentes vinculantes é a proposição segundo a qual casos idênticos devem ser tratados de forma idêntica (*treat like cases alike*). Tratar casos diferentes como se fossem idênticos violaria tal premissa e implicaria, por via transversa, o próprio descumprimento o julgado vinculante<sup>21</sup>.

20 LLEWELLYN, Karl; GEWIRTZ, Paul; ANSALDI, Michael. The Case Law System in America. *Columbia Law Review*, v. 88, n. 5, jun. 1988 p. 1.006-1.007; GOODHART, Arthur L. The Ratio Decidendi of a Case. *Modern Law Review*, London, v. 22, 1959, p. 117-124.; Determining the Ratio Decidendi of a Case. *Yale Law Journal*, New Heaven, v. 30, n. 2, p. 161-183, dez. 1930; TRIBE, Laurence H.; DORF, Michael C. *On Reading the Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 101-116; DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução: Jefferson Luiz Carmargo. São Paulo: M. Fontes, 2003. p. 213 e ss.

21 LLEWELYN, Karl N. *The common law tradition: deciding appeals*. Boston: Little, Brown and Company, 1960. p. 77 e ss.; SCHAU-

Desse modo, assim como na identificação entre casos, na distinção, a decisão de uma corte vinculada pode ser, novamente, levada à corte vinculante, para que a mantenha, reconhecendo tratar-se de uma distinção; para que a reforme, por entender constituir caso que merece o mesmo tratamento conferido pelo precedente ou, ainda, para que lhe confira outro tratamento que entenda ser mais adequado. Em qualquer hipótese, as cortes vinculadas terão agregado conteúdo ao debate e contribuído para o desenvolvimento do direito. A tese vinculante será produto de tal interação e não simplesmente o entendimento produzido pela corte vinculante.

A distinção entre precedentes é conceito expressamente incorporado pelo CPC/2015, que (i) considera não fundamentada a decisão que deixa de aplicar o precedente sem demonstrar a existência de distinção no caso<sup>22</sup>, (ii) possibilita o ajuizamento de ação rescisória para desconstituir sentença que deixou de considerar a distinção entre o caso julgado e o precedente que aplicou<sup>23</sup>, e (iii) permite que, por um juízo de distinção, se excluam recursos do sobrestamento decorrente da sistemática de julgamento de recursos repetitivos<sup>24</sup>.

### 3. RELAÇÃO ENTRE DISTINÇÕES INCONSISTENTES, RESISTÊNCIA DAS CORTES VINCULADAS AO CUMPRIMENTO DE UM PRECEDENTE E SUA SUPERAÇÃO PELAS CORTES VINCULANTES

Sempre que o juízo de distinção formulado pelas cortes vinculadas tiver amparo em fatos e argumentos juridicamente relevantes, que poderiam, efetivamente, justificar um tratamento diferenciado, afirma-se que tais cortes produziram uma distinção consistente entre o precedente e o novo caso. Quando, contudo, tal distinção não se ampara, efetivamente, em uma diversidade de fato ou em argumentos jurídicos relevantes afirma-se que se trata de uma *distinção inconsistente*.

Na distinção inconsistente, o argumento normativo para diferenciar é falho. O critério utilizado para reconhecer dois casos como semelhantes é tornado, excessivamente, rigoroso, geralmente com o objetivo de escapar à aplicação da *ratio decidendi* de um precedente já proclamado. As diferenças entre os casos concretos são valorizadas artificialmente, de forma a conferir-lhes um peso excessivo. Desse modo, busca-se reduzir o âmbito de incidência da *ratio decidendi*, a pretexto de que os casos são diversos<sup>25</sup>.

Se o pai proíbe saídas noturnas que comprometam o sono, durante o período escolar, para mera diversão, mas permite que os filhos homens saiam à noite porque, afinal, são homens, ele produz uma distinção inconsistente, porque a finalidade para a qual estabeleceu o precedente —, preservação do sono, da saúde ou do desempenho escolar —, restará desatendida com a saída noturna, quer se trate de filho homem ou de filha mulher. Por consequência, o critério “sexo” não é um argumento válido para afastar a aplicação do precedente.

As distinções inconsistentes são muito comuns quando um precedente firmado pela corte vinculante é percebido pelas cortes vinculadas como manifestamente equivocado quando avilta o sentimento do que é

ER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, Palo Alto, v. 39, p. 571-605, fev. 1987; GOODHART, Arthur L. Determining the Ratio Decidendi of a Case. *Yale Law Journal*, New Heaven, v. 30, n. 2, p. 166, Dec. 1930; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do Precedente Judicial: A Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 474-502.

22 CPC/2015, art. 489, §1º, VI: “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

23 CPC/2015, art. 966, §5º: “Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do *caput* deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento”.

24 CPC/2015, art. 1.037, § 9º: “Demonstrando distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo”.

25 SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, Palo Alto, v. 39, p. 571-605, fev. 1987; EISENBERG, Melvin Aron. *The Nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988. p. 140.



justo ou correto à luz do direito; ou quando, na percepção dos órgãos judiciais vinculados, produz consequências indevidas ou insuportáveis. Nas situações em que as cortes vinculadas estão obrigadas a seguir um precedente, por um lado, mas discordam gravemente dele, por outro, podem, eventualmente, *forçar distinções* entre o novo caso e aquele em que foi proferida a decisão vinculante, de forma a evitar conferir-lhe uma solução que consideram inadequada.

Quando diversos órgãos judiciais passam a produzir distinções inconsistentes em massa, limitam-se a previsibilidade do direito, o tratamento isonômico entre as partes e o funcionamento eficiente do sistema judicial, gerando-se um sem número de decisões divergentes e multiplicando-se os recursos para os tribunais. As distinções inconsistentes comprometem, conseqüentemente, os valores —, segurança jurídica, isonomia e eficiência —, que justificam a adoção de um sistema de precedentes. São, por isso, um mal que precisa ser evitado. Mas, paradoxalmente, podem, também, funcionar como um mecanismo de correção de precedentes equivocados, incompletos ou obsoletos<sup>26</sup>.

A resistência das cortes vinculadas em cumprir um precedente que repute errado e a sistemática produção de distinções inconsistentes geram uma pressão sobre os tribunais superiores. Leva a tais tribunais uma massa de recursos, levanta novos pontos de vista, reforça argumentos em prol de uma solução diversa e pode fazer com que as cortes vinculantes revejam seu entendimento e, por conseguinte, superem seu precedente. Há, de fato, uma íntima relação entre a resistência das cortes vinculadas a aderir a um precedente, a produção em massa de distinções inconsistentes e a superação parcial ou total do precedente<sup>27</sup>.

#### **4. ESTUDO DE CASOS: TRÊS MATÉRIAS EM QUE OS PRECEDENTES VINCULANTES DO STF FORAM REJEITADOS PELAS INSTÂNCIAS VINCULADAS E ACABARAM SUPERADOS (OU QUASE)**

O estudo de casos que se propõe a seguir pretende demonstrar justamente que a relação entre resistência ao cumprimento do precedente, distinções inconsistentes em massa e superação de precedentes se aplica à interação entre o Supremo Tribunal Federal e os demais órgãos judiciais brasileiros.

Selecionaram-se, com esse objetivo, três matérias em que o STF produziu precedentes vinculantes cujo cumprimento encontrou grande resistência nas cortes vinculadas. São elas: (i) a decisão do Tribunal que reconheceu a validade da vedação ao deferimento de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, prevista na Lei 9.494/1997; (ii) o julgado que afirmou a constitucionalidade da renda familiar de até ¼ do salário mínimo como o único critério de aferição de miserabilidade, para fins de pagamento do benefício assistencial de prestação continuada; (iii) o entendimento de que a Fazenda Pública, em caso de terceirização, só terá responsabilidade subsidiária pelo descumprimento de verbas trabalhistas, se falhar no seu dever de fiscalizar a contratada. Passa-se, a seguir, ao exame desses casos, com o propósito de demonstrar como a rejeição dos precedentes vinculantes pelos órgãos vinculados levou o Supremo a rever, ao menos parcialmente, seus entendimentos.

26 Sobre a relação de causa e efeito entre distinções inconsistentes ou entre precedentes obscuros ou contraditórios e sua superação, v. MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 239-240.

27 Como esclarece Eisenberg: “Algumas vezes pode ser preferível se deslocar para a melhor regra aos poucos, mesmo com o preço de gerar certa inconsistência com a transição. Com a utilização da técnica da distinção inconsistente, uma corte poderá, concomitantemente, movimentar o direito na direção da congruência social, proteger a confiança no sistema e preparar o caminho para uma virada jurisprudencial que não teria sido adequada de outro modo” *The Nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988. p. 140.

#### 4.1 Caso 1: Vedação à antecipação de tutela em face da Fazenda Pública (ADC 4)

A Ação de Declaratória de Constitucionalidade nº 4 (ADC 4) foi proposta pelo Presidente da República, juntamente com as mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, em novembro de 1997, e tinha por objeto a afirmação (com efeitos vinculantes e gerais) da constitucionalidade do art. 1º da Lei 9.494/1997. O dispositivo impugnado vedava o deferimento de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública em casos que visassem: (i) à reclassificação ou equiparação de servidores públicos; (ii) à outorga de vencimentos; (iii) à concessão de aumento ou extensão de vantagens ou que (iv) esgotassem no todo ou em parte o objeto da ação<sup>28</sup>. Requereu-se o deferimento de medida cautelar pelo STF, determinando o cumprimento da norma pelos órgãos judiciais, uma vez que múltiplas decisões das instâncias ordinárias vinham deixando de aplicá-la, por considerá-la inconstitucional.

O STF entendeu plausível a constitucionalidade do art. 1º da Lei 9.494/1997, diante da multiplicidade de decisões provisórias que vinham determinando à Administração Pública a imediata implementação de pagamentos de verbas de caráter alimentar, de remota recuperação pelo Poder Público, e em detrimento ao regime de pagamento por meio de precatórios. Entendeu, ainda, configurado o perigo na demora justificador do deferimento da cautelar na ADC 4, ante as múltiplas decisões que determinavam o imediato sacrifício de recursos públicos. Com base nesses argumentos, o Tribunal deferiu a liminar, determinando a suspensão da concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, que tivesse por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494/1997 e sustou, igualmente, os efeitos futuros das decisões antecipatórias já prolatadas.

A decisão foi proferida em 11.02.1998 e não foi bem recebida pelas instâncias vinculadas. Se, por um lado, é possível que houvesse um certo descontrole no volume de decisões contra o Poder Público que importavam em pagamento de recursos; por outro lado, o Poder Público, não raro, tinha-se mostrado um violador reiterado de direitos em matéria de pessoal e em matéria previdenciária, em que eventuais valores cortados ou não pagos tinham caráter alimentar e poderiam ensejar impacto considerável sobre a subsistência dos jurisdicionados. A vedação do deferimento de cautelar ou de antecipação de tutela para sustar medidas arbitrárias nesse campo deixava as instâncias vinculadas de mãos atadas para evitar arbitrariedades e podia prolongar no tempo situações de violações gravíssimas a direitos, que precisariam aguardar o trânsito em julgado até serem corrigidas.

Não surpreende, portanto, que, aqui e acolá, algumas decisões de instâncias ordinárias tenham começado a deferir antecipações de tutela, a despeito do julgado do STF. Em março de 2000, três anos após a apreciação da ADC 4, o STF foi provocado, por meio da Reclamação nº 1.132-1/RS, a se manifestar sobre uma decisão do Juízo da 2ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de Porto Alegre, que supostamente deixara de observar o precedente proferido na ADC 4. No novo caso, o juízo deferira antecipação de tutela contra o Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul – IPERGS, com o objetivo de determinar o

28 Lei 9.494/1997: “Art. 1º - Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu §4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992”. No que importa ao presente relato, a Lei 4.348/1964 previa: “Art. 5º Não será concedida a medida liminar de mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens”; “Art. 7º O recurso voluntário ou “ex officio”, interposto de decisão concessiva de mandado de segurança que importe outorga ou adição de vencimento ou ainda reclassificação funcional, terá efeito suspensivo”. A Lei 5.021/1966 estabelecia: “Art. 1º O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público estadual e municipal, somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial. [...] § 4º Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias”. Por fim, a Lei 8.437/1992 dispunha: “Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal. [...] § 3º Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação”.

pagamento de complementação do valor da pensão devida à pensionista de um servidor público. Tratava-se de hipótese, aparentemente, abrangível pela vedação constante da decisão proferida na ADC 4, na medida em que se determinava ao Poder Público o pagamento de vantagem por meio de liminar.

Ao apreciar a decisão reclamada, o STF observou, contudo, que o caso específico possuía peculiaridades que o distinguiam da decisão proferida na ADC 4. Ponderou, primeiramente, que, na demanda que gerara a reclamação, a viúva beneficiada pela antecipação de tutela tinha 86 anos, de modo que esperar o trânsito em julgado para ter seu direito atendido poderia implicar, na prática, supressão absoluta do seu direito de acesso ao Judiciário, já que a postulante poderia falecer antes. O tribunal observou, ainda, que a tese na qual se baseava o pedido de complementação de pensão encontrava apoio em maciça jurisprudência do próprio STF, que reconhecia a autoaplicabilidade do artigo 40, §5º, CF, na redação anterior à EC 20/1998, afirmando que o valor da pensão deveria corresponder à integralidade dos vencimentos ou proventos percebidos pelo inativo em vida e, ainda, que deveria ser revista na mesma data e proporção em que modificada a remuneração dos servidores em atividade. Por fim, aludiu-se, durante o julgamento e acessoriamente, à interpretação literal da Lei 9.494/1997, segundo a qual estaria vedado o deferimento de antecipação de tutela para pagamento de *servidores públicos*, não se aplicando, portanto, a *pensionistas* de servidores.

As instâncias vinculadas passaram, então, a deferir sistematicamente pedidos de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública em demandas previdenciárias, quer beneficiassem pensionistas, como era o caso da Reclamação nº 1.132-1/RS, quer beneficiassem servidores inativos, sem qualquer outro tipo de ponderação quanto à idade do demandante ou quanto à existência de jurisprudência do próprio STF a favor do pagamento da vantagem.

A *ratio decidendi* da decisão proferida na ADC 4 foi reinterpretada pelos órgãos vinculados, tendo-se excluído da vedação de antecipação de tutela todo e qualquer restabelecimento de verbas previdenciárias e, até mesmo, o deferimento de aposentadorias. Com esse artifício, as instâncias inferiores produziram distinções (inconsistentes) que lhes permitiram deixar de cumprir, ao menos parcialmente, o precedente vinculante com o qual não concordavam e que consideravam injusto. Vale conferir algumas ementas de decisões nessa linha, transcritas a seguir:

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. APOSENTADORIA POR IDADE EM ATIVIDADE RURAL. PROVA INEQUÍVOCA (ART. 273 DO CPC). CERTIDÃO DE CASAMENTO EM QUE CONSTA A QUALIDADE DE AGRICULTOR DO MARIDO DA AUTORA. **1. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que é cabível a concessão de tutela antecipada em ações contra a Fazenda Pública, quando a matéria discutida é de natureza previdenciária.** 2. Segundo o art. 273 do Código de Processo Civil, a concessão de tutela antecipada depende de prova inequívoca que conduza à verossimilhança das alegações do autor. 3. A certidão de casamento em que consta a qualidade de agricultor do marido da autora consubstancia-se, para fins de tutela antecipada, como a prova inequívoca prevista no mencionado artigo, já que ela é apta a fundamentar a procedência do pedido segurado. 4. Agravo improvido<sup>29</sup>.

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE BENEFÍCIO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. REEXAME NECESSÁRIO (ART. 475, II, CPC). LEI Nº 9.494/97. ADC Nº 4. **1. O reexame necessário (art. 475, II, CPC) somente tem aplicação em sentença, não impedindo, pois, que haja a antecipação da tutela que é decisão precária que não põe fim ao processo, já que esse prossegue até julgamento final (§5º, do art. 273, do CPC).** 2. A vedação legal à concessão de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública imposta pela Lei nº 9.494/97, cuja inconstitucionalidade foi afastada na medida liminar concedida pelo Eg. Supremo Tribunal Federal na ADC nº 4, limita-se às hipóteses de reclassificação, equiparação e concessão de aumento ou extensão de vantagens de servidores públicos, **não se aplicando, pois, ao processo onde o que se discute é a possibilidade da concessão de tutela antecipada para restabelecer benefício previdenciário cancelado unilateralmente pela**

29 TRF5, DJ 06 set.2002, AG 200205000062340, rel. Des. Paulo Gadelha. (grifo nosso)

**Autarquia.** (STJ, EDREsp nº18211/RS). 3. Para que haja a suspensão do benefício previdenciário faz-se indispensável a instauração de prévio procedimento administrativo onde seja assegurado ao beneficiário o devido processo legal, o que não foi observado, *in casu*, pela Autarquia. 4. Agravo regimental improvido<sup>30</sup>.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA CONTRA FAZENDA PÚBLICA. APOSENTADORIA EXCEPCIONAL DE ANISTIADO. EXISTÊNCIA DE PROVA INEQUÍVOCA DO AGRAVADO FAZER JUS AO BENEFÍCIO, CONSIDERANDO-SE PROPORCIONALMENTE O AFASTAMENTO, DECORRENTE DA PERSEGUIÇÃO POLÍTICA, ATÉ A CONCESSÃO DA ANISTIA, NOS MOLDES DA LEI Nº 6.683/79. FATOS INCONTROVERSOS. IRRESIGNAÇÃO EXCLUSIVAMENTE FUNDADA NOS TERMOS DA LEI Nº 9.494/97, ART. 1º. VIOLÊNCIA AO DISPOSTO NO JULGAMENTO DA ADC Nº 04-DF. INAPLICABILIDADE NA HIPÓTESE. **1. Em decorrência da natureza alimentar do benefício e da existência de inúmeros precedentes jurisprudenciais albergando o direito invocado pela parte, não há que se falar em vedação à tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Precedentes do Eg. STF e Eg. STJ.** 2. Agravo de Instrumento improvido<sup>31</sup>.

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. TUTELA ANTECIPADA. FAZENDA PÚBLICA. LEI 9.494, DE 1997. TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. CONDIÇÕES DE INSALUBRIDADE. AVERBAÇÃO. **1. Não se tratando de questão objetivando a reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou a concessão de aumento ou extensão de vantagens, é possível o deferimento de tutela antecipada contra a Fazenda Pública. 2. Tratando-se de questão de natureza alimentar, há sempre um dano irreparável para aquele que vive de salários. O entendimento de que não pode haver antecipação de tutela contra a Fazenda Pública está ultrapassado, pois fere os comezinhos princípios de direito, o direito que todos têm de um tratamento igualitário. Inclusive o Supremo Tribunal Federal entende que, em questões previdenciárias, não se aplica o que foi decidido na ADC 4,** (cf. Reclamações ns. 1.157, 1.022 e 1.104 ajuizadas pelo INSS). 3. Tem o trabalhador direito à conversão do tempo trabalhado em atividade insalubre, quando submetido ao regime celetista, para fins de aposentadoria no regime jurídico único<sup>32</sup>.

No primeiro caso acima, deferiu-se a antecipação de tutela para conceder aposentadoria. Nos segundo e terceiro casos, restabeleceu-se o pagamento de aposentadoria por invalidez. No último caso, deferiu-se averbação de tempo de serviço em atividade insalubre e assegurou-se aposentadoria por tempo de serviço com proventos integrais. Nenhum desses casos tratava de pensão. Alguns referiam-se à concessão de benefício e não ao restabelecimento de vantagem indevidamente cortada. Nesses últimos, as partes estavam trabalhando, tinham capacidade laboral, estavam recebendo e, portanto, sua subsistência não estava ameaçada. Em parte dos casos, não se cogitou da existência de entendimento jurisprudencial consolidado no STF no sentido de ser devido o pagamento da vantagem. Em nenhum deles, a idade avançada da parte foi objeto de apreciação.

Nota-se, portanto, que acabou se consolidando nas instâncias inferiores o entendimento de que antecipações de tutela, pertinentes a toda e qualquer verba previdenciária, independentemente de outras condicionantes, não estavam vedadas pela Lei nº 9.494/1997 ou pela decisão proferida na ADC 4. A estratégia adotada por tais instâncias era evidente: interpretaram a distinção formulada pelo STF na Reclamação 1.132 da forma mais ampla possível e, por consequência, reduziram o alcance da *ratio decidendi* da ADC 4, que a reclamação excepcionava. Ao agirem assim, estava aberto o caminho para a corrosão da normatividade do precedente.

A massa de decisões produzidas pelas cortes vinculadas nessa linha ensejou a propositura de um grande volume de reclamações perante o STF, por meio das quais o Poder Público pedia a cassação de tais antecipações de tutela, ao fundamento de que desrespeitavam a decisão proferida na ADC 4<sup>33</sup>. Diante desse novo

30 TRF2, DJU 13 nov. 2001, AGA 200002010462942, rel. Des. Fernando Marques.

31 TRF2, DJU 18 out. 2002, AG 2000.02.01.013101-9, rel. Des. Rogério Carvalho. (grifo nosso)

32 TRF1, DJ 28 nov. 2002, AG 2002.01.00.014905-2, rel. Des. Tourinho Neto. (grifo nosso)

33 STF, Rcl 798-2-PA, rel. Min. Octavio Galotti, DJ, 08 set. 2000; STF, Rcl 1015-5-RJ, rel. Min. Néri da Silveira, DJ, 24 ago. 2001;

quadro, o Supremo reapreciou a matéria e aperfeiçoou —, ou alterou parcialmente —, o entendimento proferido na ação direta, editando, inclusive, a Súmula nº 729, por meio da qual explicitou: “*A decisão na ADC-4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária*”.

Como se nota pela narrativa acima, a resistência das cortes vinculadas em observar a decisão proferida na ADC 4, a massa de antecipações de tutela proferidas em desacordo com tal decisão ou forçando uma distinção com relação a tal precedente, o grande volume de reclamações propostas perante o STF e os novos argumentos tecidos pelas partes levaram o Tribunal a rever seu precedente. O novo entendimento do Supremo, expresso na Súmula nº 729, foi resultante do diálogo estabelecido entre o Tribunal e as instâncias vinculadas. O primeiro precedente vinculante do Supremo, produzido na ADC 4, não constituiu, portanto, uma decisão final sobre o tema. Não cristalizou o direito. Seu comando acabou sendo restringido e corrigido em “rodadas” posteriores, na interação entre o Tribunal e os órgãos judiciais vinculados.

#### **4.2. Caso 2: Benefício da prestação continuada e o critério para aferição da necessidade (ADI 1232)**

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232 (ADI 1232), julgada em agosto de 1998, teve por objeto a inconstitucionalidade do artigo 20, §3º, da Lei 8.742/1993 (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS)<sup>34</sup>, que estipulava que a família cuja renda mensal *per capita* fosse inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo seria aquela considerada incapaz de prover a subsistência de membro portador de deficiência ou do idoso, para fins de deferimento do benefício de prestação continuada (BPC), conforme previsto do art. 203, V, da Constituição<sup>35</sup>.

Alegou-se, na ADI, que a norma constitucional estipulara o direito ao benefício de todo deficiente ou idoso que comprovasse não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família e que o estabelecimento da renda *per capita* familiar como critério único para a demonstração de tal situação restringia ilegitimamente o teor do art. 203, V, da Constituição. A depender do tipo de tratamento e das necessidades especiais do deficiente ou do idoso, ou de outras dificuldades enfrentadas por seus membros, uma família poderia apresentar renda per capita superior a 1/4 do salário mínimo e ainda assim não ter condições de prover a subsistência do deficiente ou do idoso. Por isso, defendeu-se, na ação direta, que o critério adotado na norma impugnada não deveria afastar a comprovação da miserabilidade em outras hipóteses, de renda superior ao aludido teto, sob pena de se excluírem do benefício outras situações de patente miserabilidade.

O Supremo Tribunal Federal julgou a ação improcedente, mantendo a validade do critério da renda familiar *per capita* inferior a 1/4 do salário mínimo. Observou que a norma constitucional previu o direito ao benefício desde que comprovada a miserabilidade “conforme dispuser a lei” e que, por conseguinte, não procedia o argumento de que a lei o estaria limitando ilegitimamente. A lei teria previsto critério objetivo e nada impediria que o Legislador reconhecesse outras hipóteses em que o benefício seria devido, mas não cabia aos juízes tal providência<sup>36</sup>.

STF, Rcl 1.122-4-RS, rel. Min. Néri da Silveira, DJ, 06 set. 2001; STF, Rcl 1.014-7-RJ, rel. Min. Moreira Alves, DJ, 14 dez. 2001; STF, Rcl 1.603-0-SE, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ, 19 dez. 2002; STF, Rcl 1.601-3-SE, rel. Min. Ellen Gracie, DJ, 19 dez. 2002; STF, Rcl 1.257-3-RS, rel. Min. Sydney Sanches, DJ, 07 fev. 2003; STF, Rcl 1.578-5-RS, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ, 21 fev. 2003; STF, RclAgR 1.020-1-RJ, rel. Min. Octávio Gallotti, DJ, 21 fev. 2003.

34 Redação original: “Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família. [...] §3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”.

35 CF/88, art. 203: “A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: [...] V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”.

36 STF, Pleno, ADI 1232, rel. p/ o acórdão Min. Nelson Jobim, j. 27.08.1998, DJ, 01.06.2001. O Ministro Sepúlveda Pertence



Entretanto, o entendimento firmado pelo STF não foi acatado em sua integralidade pelas demais instâncias. Os juízos vinculados passaram a admitir a comprovação do estado de miserabilidade com base em outros elementos para fins de reconhecimento do direito ao BPC, independentemente de previsão legal, muito embora se prosseguisse “argumentativamente” aplicando também o dispositivo declarado constitucional. Essa foi a abordagem adotada no âmbito do STJ, em que se passou a entender que a renda familiar *per capita* inferior a 1/4 do salário mínimo constituiria mero limite mínimo assecuratório da fruição do benefício, que não excluía seu deferimento em outras hipóteses.

Os Tribunais Regionais Federais oscilaram entre a distinção inconsistente e a violação frontal e aberta ao entendimento firmado pelo STF. Afirmava-se que o verdadeiro requisito para a obtenção do benefício era o desprovimento de condições de sobrevivência, qualquer que fosse o meio de comprová-la<sup>37</sup>; que o art. 20, §3º, da Lei Lei nº 8.742/93 estabeleceria mera presunção de miserabilidade, não afastando a sua demonstração por outra via<sup>38</sup>; que restringir o deferimento do benefício aos casos de renda *per capita* inferior a 1/4 do salário mínimo constituiria interpretação odiosa<sup>39</sup>; que o referido critério era “fictício e distante da realidade por que passa o brasileiro pobre”, bem como incompatível com o objetivo assistencial da norma constitucional<sup>40</sup>. As decisões pareciam considerar a norma (e o entendimento do STF que a cancelava) absurda e continham verdadeiro tom de indignação.

A recusa das instâncias vinculadas em aplicar o entendimento da corte vinculante gerou, também, nesse caso um elevado número de reclamações ao Supremo Tribunal Federal. O Tribunal, contudo, reafirmou o entendimento proferido na ADI 1.232 ao apreciar a Reclamação 2.303/RS. Na ocasião, ponderou que não se poderia deixar a critério de cada magistrado a definição de outros parâmetros para aferir a miserabilidade para fins de outorga do BPC, sob pena de se permitir ao Judiciário criar ou ampliar benefício ao arrepio da lei, sem parâmetro atuário ou prévia dotação orçamentária<sup>41</sup>.

Persistiu, contudo, a relutância das instâncias inferiores em acatar os precedentes do Supremo. Em paralelo, outros benefícios assistenciais foram criados pelo Legislativo, durante o longo debate travado sobre o regime jurídico aplicável ao BPC, estabelecendo critérios mais generosos para aferição da necessidade ou miserabilidade. Nessa linha, a Lei nº 9.533/1997, que dispôs sobre programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas, e a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à

---

chegou a defender, em seu voto, que a não previsão de outros critérios de aferição da miserabilidade configuraria omissão parcial do legislador, que o STF não poderia suprir. Veja-se: “o legislador deve estabelecer outras situações caracterizadoras da absoluta incapacidade de manter-se o idoso ou o deficiente físico, a fim de completar a efetivação do programa normativo de assistência contido no art. 203 da Constituição. A meu, isso não a faz inconstitucional, nem é preciso dar interpretação conforme à lei que estabeleceu uma hipótese objetiva de direito à prestação assistencial do Estado. Haverá, aí, inconstitucionalidade por omissão de outras hipóteses? A meu ver, certamente sim, mas isso não encontrará remédio nesta ação direta. Julgo improcedente a ação.”

37 Nessa linha: “Os requisitos exigidos para a concessão do benefício da prestação continuada são, em síntese: a) ser pessoa inválida; b) carecer de condições de sobrevivência digna. Essas hipóteses estão presentes na espécie. 4. A prova da carência de meios dignos de subsistência exige tratamento diferenciado em relação a outros benefícios” (TRF1, AC 1998.01.00.0522769, rel. Juiz João Carlos Mayer Soares, j. 10.09.2002, *DJ*, 17 out. 2002).

38 V. TRF3, AC 00477877920004039999, rel. Des. Nelson Bernardes, j. 16.02.2004, *DJU*, 18.05.2004, grifou-se; TRF5, AC 200205000042480, rel. Des. Fed. Paulo Machado Cordeiro, *DJ*, j. 18.11.2013, 12.05.2004; TRF5, AC 200180000073141, rel. Des. Fed. Lazaro Guimarães, j. 18.11.2003, *DJ*, 12.05.2004.

39 Em tal sentido: “Não se pode interpretar o parágrafo 3º do artigo 20 da Lei 8.742/93 como restritor à concessão de benefícios assistenciais quando a renda per capita familiar seja superior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo, quando no caso concreto estão presentes todos os requisitos justificadores da concessão do benefício, pois tal interpretação é odiosa, por contrariar os princípios do instituto em questão” (TRF3, AC 200003990175817, rel. Juiz conv. Gilberto Jordan, j. 13.06.2000, *DJ*, 05.09.2000).

40 Confira-se: “O intuito do art. 203, V, da CF/88, regulamentado pela Lei nº 8.742/93, é obstada ao se estabelecer renda mensal per capita inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo, fictício e distante da realidade por que passa o brasileiro pobre. Com efeito, o benefício constitucional assegurado pela Carta de 1988, assistencial e não previdenciário, visa a garantir uma vida em sociedade mais justa e saudável àqueles que não têm o mínimo para sobreviver e a quem o destino já lhes tirou o pouco de que podiam dispor. Interpretar com extremo rigor a norma do art. 20, §3º, da Lei 8.742/93, é impedir que por outros meios se possa comprovar a condição de necessidade por que passa o requerente, incompatível, portanto, com o objetivo assistencial da norma constitucional” (TRF2, AG 00035284520034020000, rel. Juiz Arnaldo Lima, j. 19.05.2004, *DJU*, 27.07.2004).

41 STF, Pleno, Ag. Reg. Rcl. 2.303, rel. Min. Ellen Gracie, j. 13.05.2004, *DJ*, 01.04.2005.

Alimentação (PNAA), previram a concessão de benefícios a famílias com renda mensal *per capita* inferior a meio salário mínimo, valendo-se, portanto, de teto muito superior àquele de que se valeu a norma regulamentadora do BPC<sup>42</sup>. A Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família, também previu a concessão de benefícios a famílias com renda superior ao teto de ¼ do salário mínimo<sup>43</sup>. Esses diplomas destoavam do critério instituído pela Lei 8.742/1993 e reforçavam a percepção das instâncias vinculadas de que a referência à renda *per capita* familiar inferior a ¼ do salário mínimo era irrazoável.

Começaram a surgir, então, no próprio Supremo Tribunal Federal, decisões monocráticas que admitiam a possibilidade de utilização de outros meios de comprovação do critério de miserabilidade, para fins de deferimento do benefício. Os próprios integrantes da Corte começavam a abandonar seu precedente. Então, em decisão proferida na Reclamação nº 4.374, o Ministro Gilmar Mendes reconheceu que o Supremo Tribunal Federal caminhava para admitir a conjugação do critério de renda *per capita* com outros fatores indicativos do estado de miserabilidade para fins de concessão do benefício, porque teria ocorrido um processo de “inconstitucionalização por omissão” do §3º do artigo 20 da LOAS em face do artigo 203, V, da Constituição<sup>44</sup>.

O Ministro indicou como sinais de tal processo: (i) os inúmeros casos concretos em que os magistrados de instâncias inferiores entenderam que o critério da LOAS foi insuficiente para atestar a miserabilidade da família do idoso ou deficiente, recorrendo a outros meios de prova; e (ii) a superveniência de legislação com critérios mais elásticos para concessão de benefícios assistenciais. O processo de inconstitucionalização a que aludiu o Ministro Gilmar Mendes, em verdade, correspondia ao processo de corrosão da força normativa do precedente do Supremo, em virtude de sua evidente rejeição pelas cortes vinculadas.

Em abril de 2013, finalmente, o Supremo Tribunal Federal apreciou os Recursos Extraordinários 580.963 e 567.985, com repercussão geral reconhecida, e firmou o entendimento de que o critério de ¼ de salário mínimo poderia ser conjugado com outros critérios e fatores indicativos de miserabilidade do indivíduo e de sua família para concessão do benefício assistencial de prestação continuada<sup>45</sup>. Também no caso do BPC, portanto, a produção de um precedente vinculante pelo STF não ensejou a cristalização do direito, não impôs a sua visão às demais instâncias, não fez com que prevalecesse seu entendimento ao final. Diante da reiterada resistência das demais instâncias, o Supremo superou seu entendimento anterior e adotou aquele reiteradamente defendido pelos tribunais vinculados.

### 4.3. Caso 3: Responsabilidade subsidiária da Administração Pública na terceirização de serviços (ADC 16)

A Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 (ADC 16) teve por objeto a declaração de constitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei 8.666/1993<sup>46</sup>. O dispositivo prevê que, em caso de terceirização de serviços

42 Lei nº 9.533/1997, art. 5º: “Observadas as condições definidas nos arts. 1º e 2º, e sem prejuízo da diversidade de limites adotados pelos programas municipais, os recursos federais serão destinados exclusivamente a famílias que se enquadrem nos seguintes parâmetros, cumulativamente: I - renda familiar per capita inferior a meio salário mínimo”. Lei 10.689/2003, art. 2º, § 2º: “Os benefícios do PNAA serão concedidos, na forma desta Lei, para unidade familiar com renda mensal per capita inferior a meio salário mínimo”.

43 Lei 10.836/2004, art. 2º, §3º: “Serão concedidos a famílias com renda familiar mensal per capita de até R\$ 120,00 (cento e vinte reais), dependendo de sua composição: I - o benefício variável no valor de R\$ 18,00 (dezoito reais); e II - o benefício variável, vinculado ao adolescente, no valor de R\$ 30,00 (trinta reais)”. Em 2004, o salário mínimo equivalia a 260,00 (duzentos e sessenta reais) reais. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/servicos-ao-cidadao/informacoes-gerais/historico-valor-salario-minimo-teto-contribuicao/>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

44 STF, Rcl 4374 MC, rel. Min. Gilmar Mendes, decisão de 01.02.2007, DJ, 06.02.2007, decisão monocrática.

45 STF, RE 580.963, Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 18.04.2013, DJe, 14.11.2013; RE 567.985, Pleno, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 18.04.2013, DJe, 03.10.2013.

46 “Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. §1º - A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis”.

pelo Poder Público, o inadimplemento de encargos trabalhistas (e também fiscais e comerciais) pela empresa contratada não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento. Entretanto, segundo o requerente, a norma vinha sendo ignorada pelos órgãos da Justiça do Trabalho a tal ponto que o Tribunal Superior do Trabalho (TST) teria editado enunciado sumular em sentido oposto ao que determinava o dispositivo legal. De fato, o item IV da Súmula 331 do TST dispunha:

“IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a **responsabilidade subsidiária** do tomador de serviços, quanto àquelas obrigações, **inclusive quanto aos órgãos da administração** direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).” (grifo nosso)

O Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei 8.666/1993 e, assim, confirmou a impossibilidade jurídica da transferência automática à Administração dos encargos trabalhistas decorrentes da inadimplência da empresa contratada. Por ocasião do julgamento, alguns Ministros mencionaram, todavia, a título de *obiter dictum*, que o Poder Público tinha o dever de selecionar adequadamente a empresa e de fiscalizar o cumprimento de suas obrigações trabalhistas. Caso não o fizesse, seria possível cogitar não de sua responsabilidade objetiva, mas de sua responsabilidade subjetiva por culpa *in eligendo* ou *in vigilando*. Essa última questão (sobre a responsabilidade por culpa *in vigilando*) não foi, contudo, objeto de deliberação. A ementa do julgado, dotado de eficácia vinculante e geral, tinha o seguinte teor:

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. [...].<sup>47</sup>

Os tribunais vinculados passaram, então, em alguns casos, a invocar a exceção sugerida em *obiter dictum*, para escapar aos efeitos vinculantes do precedente. A culpa *in eligendo* ficava afastada em caso de prévia licitação para contratação da empresa, o que é a regra no Poder Público. A responsabilidade subsidiária pressupunha a demonstração de culpa *in vigilando*, que dependia do exame, caso a caso, da ocorrência de falha ou falta de fiscalização pelo órgão público contratante. O TST chegou a rever a redação da Súmula 331. Na aparência, a decisão proferida na ADC 16 havia sido acatada. A nova redação do enunciado previa:

“V – Os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, **caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666/93**, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. **A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.**” (grifo nosso)

Entretanto, na prática, inúmeras decisões decretavam a existência de culpa *in vigilando* do Poder Público independentemente de qualquer aferição real de falha na fiscalização<sup>48</sup>. Em outras situações, entendia-se que a mera existência de inadimplemento pela empresa contratada comprovava a falha do dever de fiscalizar da Administração e ensejava, por si só, a sua responsabilidade —, o que, na prática, equivalia a decretar sua responsabilidade automática<sup>49</sup>. Em síntese, a fundamentação das decisões que responsabilizavam o Poder

47 STF, Pleno, ADC 16, rel. Min. Cezar Peluso, j. 24.11.2010, *DJe*, 09.09.2011.

48 Há diversas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de reclamação, que reconhecem esse fato. Veja-se: “No caso, observa-se que o acórdão reclamado, embora tenha concluído pela inexistência de ofensa ao decidido no julgamento da ADC 16, aplicou de maneira automática no caso enunciado da súmula 331, IV, do TST, sem indicação de conduta específica da Administração Pública que pudesse fundamentar a responsabilidade subsidiária pelo pagamento das verbas trabalhistas” (STF, Rcl 14430, rel. Min. Teori Zavascki, monocrática, j. 26.06.2013, *DJe*, 01.07.2013). No mesmo sentido: STF, Primeira Turma, Rcl 16.846 AgR, rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 19.05.2015, *DJe*, 05.08.2015; Rcl18.141, rel. Min. Luiz Fux, monocrática, j. 12.08.2014, *DJe*, 15.08.2014; Rcl 19.771, rel. Min. Gilmar Mendes, monocrática, j. 06.03.2015, *DJe*, 11.03.2015).

49 “Assim, a autoridade reclamada pressupõe a conduta culposa imputável ao ente público diante do atraso no pagamento de verbas trabalhistas e rescisórias por parte do empregador direto do trabalhador” (STF, Rcl 15.416, rel. Min. Dias Toffoli, monocrática,

Público mudou *pro forma*, mas o comportamento de condená-lo automaticamente no pagamento das verbas trabalhistas inadimplidas não se alterou. Os julgados proferidos pela Justiça do Trabalho constituíam distinções inconsistentes. Firmavam-se em critérios que não legitimavam efetivamente um tratamento diferenciado daquele previsto na ADC 16.

Assim, estavam presentes também nesse caso os mesmos fatores que conduziram à superação de precedentes nos casos anteriores: (i) a resistência da instância vinculada em observar o julgado do STF, (ii) as múltiplas decisões inconsistentes e (iii) um volume substancial de reclamações alegando violação ao entendimento vinculante do Tribunal.

Não é surpreendente, portanto, o comportamento do STF no julgamento do RE 760.931/DF, com repercussão geral reconhecida sobre o tema<sup>50</sup>. A Ministra Rosa Weber, relatora do caso e egressa da Justiça do Trabalho, pretendia apenas confirmar o entendimento firmado na ADC 16, o que implicava, em alguma medida, manter o quadro existente, em que parte substancial das decisões da Justiça do Trabalho deixavam de efetivamente aplicar o precedente do STF, ainda que alegassem em suas razões o inverso.

Abrindo a divergência, o Ministro Luís Roberto Barroso salientou a baixa adesão da Justiça do Trabalho ao julgado do Supremo e a necessidade de alterar tal precedente, a fim de definir requisitos objetivos de fiscalização que, se comprovados pelo Poder Público, afastariam a configuração de culpa *in vigilando*. A ideia do Ministro Barroso traduzia a intenção de regular de tal forma o dever de fiscalizar da Administração que não restasse espaço para avaliações subjetivas dos tribunais vinculados. Com isso, pretendia sustar as múltiplas distinções inconsistentes no tema.

A decisão, tal como proposta pelo Ministro Barroso, alterava o precedente para garantir a sua normatividade. Embora mantivesse as ideias originais: (i) inexistência de responsabilidade objetiva (*ratio decidendi* da ADC 16) e (ii) possibilidade de responsabilização do Poder Público por falha no dever de fiscalizar (*obiter dictum* na ADC 16, confirmado em julgamentos de reclamações), o Ministro propunha a revisão do entendimento para fazer com que a possibilidade de responsabilização por culpa *in vigilando* passasse a integrar a *ratio decidendi* e para regulamentá-la de forma a reduzir o espaço de discricção dos órgãos vinculados.

O Ministro Luiz Fux, a seu lado, abriu divergência para defender que o STF afirmasse a impossibilidade de responsabilizar a Administração Pública, qualquer que fosse a situação, quer exercesse, quer não exercesse o dever de fiscalizar. Salientou, nessa linha, que o art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93 não fez tal diferenciação entre responsabilidade objetiva e subjetiva. Apenas vedou a responsabilização. A solução proposta pelo Ministro Fux representava um endurecimento do entendimento do STF. Ainda que a *ratio decidendi* da ADC 16 afirmasse apenas a impossibilidade de responsabilização objetiva e automática da Administração pelos encargos trabalhistas inadimplidos pela empresa contratada, múltiplas decisões proferidas em reclamação, sem efeitos *erga omnes*, contemplavam a possibilidade de responsabilização por culpa *in vigilando*. Por isso, dizer que nem mesmo em caso de culpa seria possível condenar a Administração significava, na prática, superar parcialmente a jurisprudência consolidada no Tribunal.

O pleno do Supremo dividiu-se, então, em dois blocos. Ambos pretendiam a alteração do que o STF já decidira. O primeiro bloco, liderado pelo Ministro Barroso, mantinha a responsabilidade por culpa *in vigilando*, mas a regulamentava de modo a impedir distinções inconsistentes<sup>51</sup>. O segundo bloco, liderado pelo Ministro Fux e apoiado pelo Ministro Gilmar Mendes, suprimia a possibilidade de culpa *in vigilando*<sup>52</sup>. Nos dois casos, a mudança de entendimento era motivada pelo descumprimento do precedente anterior pela

j. 25.06.2013, *DJe*, 01.08.2013). No mesmo sentido: STF, Rcl 17.777 MC, rel. Min. Ricardo Lewandowski, monocrática, j. 20.05.2014, *DJe*, 23.05.2014).

50 STF, RE 760.931, rel. Min. Luiz Fux, *DJe*, 12.09.2017.

51 A Ministra Rosa Weber reajustou seu entendimento para acompanhar essa linha, que também foi seguida pelos Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello.

52 Esse segundo entendimento foi acompanhado pelos Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia (Presidente) e Alexandre de Moraes.



Justiça do Trabalho e pela pressão decorrente do ajuizamento de múltiplas reclamações sobre o já numeroso acervo da Corte. O voto de desempate foi proferido pelo Ministro Alexandre de Moraes, que recentemente passara a integrar a Corte.

O Ministro Alexandre de Moraes alinhou-se, então, ao segundo bloco, para afastar a responsabilidade da União no caso concreto. Invocou para isso, contudo, o fundamento de que seria necessária prova taxativa do nexo de causalidade entre a conduta da Administração e o dano sofrido pelo trabalhador para responsabilização do Poder Público. O fundamento indicava que o ministro tornava o entendimento da Corte mais rigoroso do que o precedente original, mas admitia a responsabilidade da Administração, desde que comprovado o alegado nexo de causalidade.

Instalou-se, então, considerável celeuma para a fixação da tese. Havia maioria para definir o desfecho do caso concreto, mas essa maioria parecia indefinida quanto à tese a ser firmada, o que acabou repercutindo nos termos dessa última. Depois de idas e vindas e de muito debate, assentou-se que: “O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93”.

As soluções propostas por ambos os blocos de Ministros pretendiam alterar o teor da decisão proferida na ADC 16, com o propósito específico de reagir ao reiterado descumprimento do entendimento formulado pelo STF por parte da Justiça do Trabalho, que vinha se alongando desde a decisão da referida ação direta, em novembro de 2010. Entretanto, a nova tese esclareceu pouco e não parece ter se desincumbido da tarefa de pacificar o tema. Embora haja alguma percepção de endurecimento pelo STF, este endurecimento não foi explicitado com clareza, o que possivelmente fará com que a questão retorne à Corte uma vez mais.

De todo modo, nota-se que as distinções inconsistentes, no caso, provocaram reações de superação do precedente. Não se pode deixar de reconhecer, ademais, que os juízos trabalhistas gozaram de considerável margem para interagir e resistir ao entendimento com qual não concordavam, e que a nova decisão do STF é produto de tal interação, não tendo tampouco permanecido estática ou cristalizada, mas tendo se ajustado a partir de tal diálogo. O fato de não se aderir às perspectivas das demais instâncias não significa que não tiveram voz.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS: O PRECEDENTE VINCULANTE COMO INSTRUMENTO DE RACIONALIZAÇÃO DO DESENVOLVIMENTO JUDICIAL DO DIREITO**

Não há dúvida de que não temos, no Brasil, uma cultura de respeito aos precedentes judiciais dos tribunais superiores. A introdução ou ampliação do rol de precedentes vinculantes por meio do Novo Código de Processo Civil pretende alterar tal estado de coisas. É certo que uma mudança de tal porte não ocorre da noite para o dia ou de cima para baixo apenas. Pressupõe investimento na formação dos novos profissionais, na atualização dos antigos, na construção, de baixo para cima, de um novo saber e de uma percepção coletiva de que a mudança é efetivamente positiva. A mera previsão constante da norma processual ou o cabimento de reclamação para cassar decisões divergentes de precedentes vinculantes não bastam para assegurar que sejam efetivamente respeitados. A opção por adotá-los implica, sem dúvida, grandes desafios para a comunidade jurídica como um todo.

É importante, contudo, desmistificar algumas preocupações. Como os casos examinados demonstram, precedentes vinculantes não se impõem, apenas, pela autoridade. Não calam as instâncias inferiores. Precisam convencer pelo argumento. Se o argumento é insuficiente, se os órgãos vinculados o percebem como errado, injusto, absurdo, há meios de buscar a redução da sua *ratio decidendi* e a ampliação das hipóteses de distinção, e as cortes vinculadas o farão. A aplicação do precedente não é automática. Há considerável mar-



gem para argumentação. Há, ainda, em situações extremas, a via da distinção inconsistente que, se, por um lado, deve ser evitada, em respeito à integridade do direito, pode, por outro lado, constituir um importante sinal amarelo para Corte vinculante, quanto à necessidade de avaliar com cuidado se o precedente não demanda ajustes ou se não seria o caso de superá-lo<sup>53</sup>.

A introdução do precedente vinculante pode conferir uma considerável racionalidade para o sistema judicial. Partir do pressuposto de que as decisões precisam ser previsíveis e de que devem tratar do mesmo modo todos os jurisdicionados que se encontram em situação idêntica significa atender a valores de segurança e de justiça caros ao Direito. Procurar alocar de forma eficiente os recursos materiais e humanos do Judiciário, evitando que, como regra, rediscutam questões já decididas pelos tribunais superiores e que produzam decisões que serão reformadas quando ali chegarem; voltar tais recursos para o enfrentamento de matérias que ainda estão em aberto; transmitir ao jurisdicionado o sinal de que, diante de um entendimento já firmado pelos tribunais superiores, suas chances de êxito são baixas e que, portanto, deve evitar aventuras processuais têm por objetivo buscar uma melhor alocação para recursos indiscutivelmente escassos e limitados. Um Judiciário extraordinariamente sobrecarregado como o brasileiro precisa ter tais aspectos em conta.

Por outro lado, a definição do Direito aplicável não necessariamente ocorrerá em uma única rodada, com a produção de um julgado vinculante. Como o estudo de casos acima demonstra, o precedente vinculante, não raro, pode constituir, apenas, o ponto de partida para o diálogo e para a interação entre corte vinculante e cortes vinculadas. Ele traz, contudo, uma nova racionalidade para tal interação. Como regra, a tese firmada pelo tribunal superior deve ser observada. Se a decisão se distancia do precedente vinculante, este não pode ser ignorado; é preciso argumentar, distinguir o novo caso, demonstrar sua não inclusão na *ratio decidendi*, indicar os pontos obscuros, incompletos, equivocados. A massa de distinções inconsistentes ou a resistência aberta a cumprir a *ratio* deve ser excepcional e, por isso, constitui um sinal de que o assunto precisa ser revisto. Já é um sistema mais organizado do que simplesmente ter cada juiz ou tribunal decidindo por conta própria e produzindo entendimentos divergentes que levam as partes a recorrer, ilimitadamente, aos tribunais superiores, acreditando que, sempre, vale tentar “a sorte”.

No entanto, como fica claro pelos casos examinados, o direito será o produto de uma contínua interação entre os tribunais. Os precedentes vinculantes não esvaziam as cortes vinculadas de poder. Ao contrário, em pelo menos dois dos três casos antes estudados, ao final, prevaleceu o entendimento das cortes vinculadas. No último, a conclusão do STF provavelmente será objeto de novos esclarecimentos. Os precedentes vinculantes, portanto, não necessariamente encerram o debate entre as instâncias judiciais. O que fazem é alterar a forma como tal debate se dá e organizá-la, com base em ferramentas como *ratio decidendi*, *obiter dictum*, associação e distinção entre casos, que favorecem a argumentação e a compreensão dos pontos de divergência.

Os precedentes vinculantes tampouco cristalizam o direito ou comprometem seu desenvolvimento judicial. Em todos os casos examinados acima, o entendimento original do Supremo foi alterado em resposta à provocação das cortes vinculadas e dos jurisdicionados, em um padrão muito evidente, que indica que distinções inconsistentes e fuga em massa à aplicação dos precedentes vinculantes geralmente conduzem à sua revisão ou à superação.

53 Adriana Vojvodic produziu uma importante análise do papel dos precedentes na fundamentação das decisões do Supremo Tribunal Federal, tendo concluído que seu uso tem um viés positivista, de reiteração de jurisprudência, mais do que uma função de construção argumentativa e de criação de standards orientadores de decisões difíceis (VOJVODIC, Adriana. Precedentes e argumentação o Supremo Tribunal Federal: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro. Tese de doutorado apresentada à USP, 2012, mimeografado). Não divergimos dessa assertiva. A função dos precedentes na fundamentação das decisões do STF não é o objeto deste trabalho. O que sustentamos é que a operação com precedentes e a interação entre o Supremo Tribunal Federal e as cortes vinculadas é construída argumentativamente e pode levar, inclusive, à superação de tais precedentes. Abordamos, portanto, questão distinta. Ainda que o Supremo tenha uma visão positivista do instituto —, o que, repita-se, não é discutido neste artigo —, e mesmo que não esgote suas potencialidades na formulação de respostas para os *bard cases*, a dinâmica dos casos examinados demonstra que precedentes vinculantes não ensejam uma aplicação puramente mecânica, tampouco suprimem a contribuição das cortes vinculadas para o desenvolvimento judicial do direito.

## REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do novo Código de Processo Civil a partir do paradigma do pós-positivismo. *Revista de Processo*, v. 40, n. 245, p. 351-378, jul. 2015.
- ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do Precedente Judicial: a Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.
- CARDOZO, Benjamin N. *The Nature of the Judicial Process*. New York: Dover Publications, 2005.
- DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: M. Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução: Jefferson Luiz Carmargo. São Paulo: M. Fontes, 2003.
- EISENBERG, Melvin Aron. *The Nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988.
- GOODHART, Arthur L. Determining the *Ratio Decidendi* of a Case. Determining the ratio decidendi of a case. *Yale Law Journal*, New Heaven, v. 40, n. 2, p. 161-162, Dec. 1930.
- GOODHART, Arthur L. The Ratio Decidendi of a Case. *Modern Law Review*, London, v. 22, p. 118, 1959.
- LLEWELLYN, Karl N. *The common law tradition: deciding appeals*. Boston: Little, Brown and Company, 1960.
- LLEWELLYN, Karl; GEWIRTZ, Paul; ANSALDI, Michael. The Case Law System in America. *Columbia Law Review*, v. 88, n. 5, p. 989-1020, jun. 1988.
- MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Roben S. (Org.). *Interpreting precedents: a Comparative Study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997.
- MACCORMICK, Neil. Significance of Precedent. *Acta Juridica*, v. 179, p. 174-187, 1998.
- MALTZ, Earl. The Nature of Precedent. *North Carolina Law Review*, Chapel Hill, v. 66, p. 367-392, Jan. 1988.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MARSHALL, Geoffrey. What is Binding in a Precedent. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997, p. 508-509.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes Vinculantes nos Estados Unidos da América e no Brasil: um Estudo Comparado. *RDI*, Brasília, v. 13, n. 3, p. 264-286, 2016.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma Nova Lógica: a Ascensão dos Precedentes no Direito Brasileiro. *Revista da AGU*, v. 15, n. 3, p. 9-52, jul./set. 2016.
- MONAGHAN, Henry Paul. Stare Decisis and Constitutional Adjudication. *Columbia Law Review*, New York, v. 88, n. 4, p. 763-767, May, 1988.
- NERY JUNIOR, Nelson; ABBOD, Georges. Stare decisis x direito jurisprudencial. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle et al. *Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: Jupodivm, 2013. v. 1. p. 485-514.

- NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional Law*. 7. ed. Saint Paul: Thomson West, 2004.
- PEIXOTO, Ravi. *Superação do Precedente e Segurança Jurídica*. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2016.
- RAMIRES, Maurício. *Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso; LAPORTA, Francisco J. Precedent in Spain. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997.
- SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Clarendon Law Series, 2002.
- SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, Palo Alto, v. 39, p. 571-605, Feb. 1987.
- SCHAUER, Frederick. Rules, The Rule of Law, and The Constitution. *Constitutional Commentary*, Minneapolis, v. 6, p. 69-85, 1989.
- SIMPSON, A. W. B. The Ratio Decidendi of a Case. *Modern Law Review*, London, v. 22, p. 453-457, Set. 1959.
- STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- SUMMERS, Roben S. "Precedent in the United States (New York State)". In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Roben S. (Org.). *Interpreting precedents: A Comparative Study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997.
- TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997.
- TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. 3. ed. New York: Foundation Press, 2000.
- TRIBE, Laurence H.; DORF, Michael C. *On Reading the Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.
- VOJVODIC, Adriana. *Precedentes e argumentação o Supremo Tribunal Federal: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro*. 2012. 269 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: \_\_\_\_\_. *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 11-95.
- ZANETTI JR., Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; et al. *Precedentes*. Salvador: Juspodvim, 2015.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico [www.rbpp.uniceub.br](http://www.rbpp.uniceub.br)  
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.